



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 712/2014, de 21 de octubre de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 529/2014

SUMARIO:

Delitos de agresión sexual y lesiones. Subtipo agravado por uso de arma. Tratamiento médico. Revisión de cuantía indemnizatoria. La sola presencia de un arma en el escenario de la agresión sexual no supone *sic et simpliciter* la aplicación del subtipo del art. 180.1.5.º. De acuerdo con la redacción de dicho precepto, dicha arma debe ser usada, pero al tiempo hemos indicado que se entiende por dicho uso típico para tal agravación al especificar que el mismo debe concurrir en relación medio a fin para conseguir doblegar la voluntad de la víctima, como en este caso que ante la negativa de la mujer, el acusado exhibió un cuchillo de 19 cms. de hoja y con ánimo libidinoso, le mandó desnudarse para consumir la acción. Lesiones: el uso de férulas o escayolas para curar entra dentro del término de tratamiento médico a efectos del delito de lesiones. En la misma línea, hemos reputado tratamiento médico la prescripción de un collarín cervical. La cuantificación específica de la indemnización señalada por el Tribunal sentenciador no es, por lo general, revisable en casación pues al no establecer el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley sustantiva. Solo en supuestos específicos puede efectuarse en casación la revisión de la cuantía indemnizatoria, entre los que cabe señalar: 1º) cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten en exceso de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos; 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo; y 7º) en los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 20.4, 48, 57, 116, 147.1, 148 y 180.1.5.º.

PONENTE:

Don Luciano Varela Castro.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Octubre de dos mil catorce.



www.civil-mercantil.com

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma, interpuesto por Ángel Daniel representado por la Procuradora D^a Adela Gilsanz Madroño, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona con fecha 13 de enero de 2014 . Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida Eleuterio , representado por el Procurador D. Luis de Villanueva Ferrer. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 4 de Reus, instruyó sumario nº 1/2009, contra Eleuterio y Ángel Daniel , por delitos de lesiones y agresión sexual, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Tarragona, que con fecha 13 de enero de 2014, en el rollo nº 21/2010,-A, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"Se declara probado que en el mes de septiembre de 2009, el acusado Ángel Daniel , mayor de edad y sin antecedentes penales computables en esta causa, conoció al también acusado Eleuterio , mayor de edad y sin antecedentes penales, a través de un chat. Después de concertar una cita para conocerse, Ángel Daniel permitió que Eleuterio fuera a residir a la vivienda propiedad del primero, que se encuentra en la DIRECCION000 nº NUM000 , NUM001 , NUM002 , de Reus. La primera semana compartieron habitación y mantuvieron en diversas ocasiones relaciones sexuales, y después de esa primera semana, Eleuterio pasó a ocupar una las habitaciones de ese mismo piso, sin que Ángel Daniel le cobrase renta. Eleuterio consiguió que Ángel Daniel entrara a trabajar en la misma empresa en la que trabajaba como teleoperador, a finales de septiembre.

Durante los dos meses posteriores, Ángel Daniel se caracterizó por presentar un comportamiento obsesivo hacia Eleuterio , intentando Ángel Daniel conocer a las personas con las que Eleuterio quedaba, solicitándole con excusas su teléfono móvil para averiguar los mensajes y direcciones de correo de sus contactos. De esta forma Ángel Daniel tuvo conocimiento de que Eleuterio estaba conociendo a Pedro Francisco , alias " Chapas ", e intentó conocerle a través de una página de chat. En uno de los encuentros que Eleuterio mantuvo con Chapas , le enseñó una fotografía de su compañero de piso, Ángel Daniel , y Chapas le comentó a Eleuterio que era la persona que estaba tratando de sacarle información a través de la webcam.

En la noche del día 25/11/2009 Eleuterio recibió un SMS de Chapas indicándole que su compañero de piso estaba tratando de quedar con él. Eleuterio llamó por teléfono a Chapas , quien le indicó la ropa que su compañero de piso llevaba puesta en ese momento y las características de la habitación desde la que tenía conectada la webcam, comprobando Eleuterio que efectivamente coincidía, dirigiéndose Eleuterio a la habitación de Ángel Daniel preguntándole por qué estaba intentando contactar con su amigo.

En ese momento Ángel Daniel comenzó a gritarle, lo que motivó que Eleuterio dijera a Chapas que iba a colgar el teléfono puesto que Ángel Daniel se estaba poniendo muy violento, siguiéndole a continuación Ángel Daniel hasta la habitación de Eleuterio donde comenzó a propinar a éste golpes y puñetazos, tirándolo a continuación sobre la cama donde continuó propinándole puñetazos y diversos golpes. Dado que Eleuterio portaba un collar de eslabones gruesos, Ángel Daniel comenzó a retorcerlo dejándole casi sin respiración, suplicándole Eleuterio con la mirada que le dejara, e intentando calmar al acusado ya que temió por su vida.



www.civil-mercantil.com

Mientras tanto Ángel Daniel le propinó de forma prepotente besos y morreos inconscientes en la boca a Eleuterio .

En el momento en el que Ángel Daniel aflojó el collar, Eleuterio aprovechó para quitárselo, dejándolo encima de la cama, y dado que quería salir de la habitación y pedir ayuda, pidió a Ángel Daniel ir a la cocina para beber un vaso de agua, cogiendo a continuación su teléfono móvil con el que intentó llamar a una amiga, pero Ángel Daniel se dio cuenta y se enfadó aún más, arrebatándole el móvil, que tiró contra la pared.

Eleuterio se dirigió en ese momento a la ventana, gritando "socorro, me quiere matar", en dos ocasiones, pero Ángel Daniel cerró fuertemente la ventana pillándole la mano izquierda, provocándole una fuerte contusión. A continuación Ángel Daniel le tiró al suelo, donde le empezó a dar golpes y patadas, cogió un cuchillo y le amenazó de muerte, diciéndole "cállate o te mato". Cambió el cuchillo por uno más grande, de unos 20 centímetros de hoja, de tipo jamonero, y a continuación, apuntándole con el cuchillo le dijo "levántate y tira para la habitación", tratando mientras tanto Eleuterio de calmarle, diciéndole "vale, vale, no me hagas daño", haciendo además de ir hacia el comedor, pero Ángel Daniel le puso el cuchillo en el cuello, piel tocante, desde detrás de él, y llevó a Eleuterio a la habitación de Ángel Daniel , donde lo tiró contra la cama, cerró la persiana de forma inmediata, y le gritó "fóllame, que luego te voy a follar yo". Le pidió Ángel Daniel que se desnudara, quitándose ambos la camiseta.

A continuación Ángel Daniel se bajó el pantalón y le ordenó a Eleuterio que le hiciera una felación, encontrándose el primero en estado de erección, manteniendo en todo momento el cuchillo en la mano, apuntándolo hacia la cabeza o hacia el cuerpo de Eleuterio , de forma próxima, a unos 20 centímetros. La felación, con introducción del pene de Ángel Daniel en la boca de Eleuterio , duró unos 20 segundos, sin que Ángel Daniel llegase a eyacular. A continuación lo tumbó en la cama con intención de obligarle a hacer sexo, situándose encima de él, apuntándole siempre con el mismo cuchillo, propinándole diversos besos y mordiscos en varias zonas del cuerpo.

En un momento dado Eleuterio inició un forcejeo para intentar arrebatarle el cuchillo, agarrándole de la mano izquierda en la que lo portaba, dado que Ángel Daniel es zurdo, si bien éste ofreció mucha fuerza y resistencia, tratando Eleuterio de sujetarle la mano para que soltase el cuchillo. A consecuencia del forcejeo resultaron ambos con varias heridas en sus respectivas zonas del torax producidas mientras Eleuterio le sujetaba la mano a Ángel Daniel para tratar de quitarle el cuchillo, y también en ese forcejeo Ángel Daniel sufrió un corte en su hombro derecho, que comenzó a sangrar y provocó que cesase en su comportamiento violento, cayendo encima de Eleuterio muy agotado.

Eleuterio le dijo que les tenía que ver un médico, ante las heridas que presentaban, y con la idea de buscar una forma de salir del piso. A continuación se pusieron a hablar de forma más calmada, y dado que estaban sangrando decidieron darse una ducha rápida.

En el camino al hospital, mientras iba conduciendo Eleuterio , Ángel Daniel le propuso que dijeran que otras personas les habían pegado una paliza, asintiendo Eleuterio . Al llegar al hospital Eleuterio habló en primer lugar con una enfermera, indicando la versión que le había sugerido Ángel Daniel . En todo momento Eleuterio quería salir en busca de escapatoria pero Ángel Daniel le insistía que no saliera, que no le dejase solo. En un momento en el que Ángel Daniel fue trasladado para hacerle una radiografía, Eleuterio se dirigió a la enfermera y llorando le comentó que no era cierta la versión que habían dado, que Ángel Daniel le había intentado matar, y pidió que avisaran a los Mossos d'Esquadra, que se presentaron seguidamente, a quienes narró los hechos realmente sucedidos.

A consecuencia de estos hechos Eleuterio sufrió lesiones consistentes en erosión ovalada con improntas dentales en mejilla izquierda, por efecto de la mordedura propinada por Ángel Daniel ; erosión lineal de 2 cm en articulación temporomandibular izquierda, erosiones en cara lateral izquierda del cuello y equimosis en cara lateral y posterior del cuello,



www.civil-mercantil.com

provocadas por la sujeción del collar de eslabones grandes alrededor del cuello, retorciéndolo Ángel Daniel hasta dejarle momentáneamente casi sin respiración; contusión en mano izquierda provocada por el cierre violento de la ventana de la cocina, quedando atrapada; erosión en forma de U invertida de 3 cm en sus lados laterales y de 7 cm en su lado superior, en región toraco esternal izquierda, provocada por el filo del cuchillo; erosión lineal y horizontal de 10 cm en región epigástrica superior provocada por el filo del cuchillo; fractura de falange distal del primer dedo del pie izquierdo; contusiones varias sin repercusión anatómica. Para su curación requirió una primera asistencia facultativa, y como consecuencia de la fractura de la falange distal requirió tratamiento médico quirúrgico consistente en imbricado en dedo del pie izquierdo. Respecto a la contusión en mano izquierda precisó férula dorsal. El resto heridas precisaron cura tópica y analgesia requiriendo en total para su curación 30 días. Como secuela le resta una situación de estrés postraumático agudo con ansiedad importante, reviviscencias del suceso, lloro y temor.

Ángel Daniel sufrió lesiones consistentes en herida incisa en cara anterior del hombro derecho por corte tangencial con el cuchillo, de aproximadamente 3 cm de longitud y escasa profundidad que afectó al plano cutáneo y subcutáneo, pero no al plano muscular, y que precisó 3 puntos de sutura; erosión lineal en región pectoral oblicua de unos 10 cm y erosión lineal de 1 cm oblicua en región infraclavicular derecha; erosión submamaria izquierda en forma de ojal; 3 erosiones en tercio medio de cara anterior externa del brazo izquierdo; placas erosivas en dorso y espacio interdigital de primer y segundo dedo de la mano derecha; erosión lineal horizontal de 3 cm en tercio medio de cara externa del brazo derecho; equimosis alargadas de 3 × 1 cm en cara interna de codo derecho; equimosis alargada en axila derecha; y erosión lineal de 8 cm con forma de coma en cara anterior del tercio distal del antebrazo derecho. Requirió una primera asistencia facultativa y tratamiento médico quirúrgico consistente en sutura de la herida sufrida en el hombro derecho, requiriendo para su sanidad 10 días, uno de ellos impeditivo, con una secuela por cicatriz de carácter muy leve." (sic)

Segundo.

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"LA SALA ACUERDA :

- Debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Eleuterio del delito de lesiones (art. 148.1 y 147.1 CP) del que venía siendo acusado por la representación de Ángel Daniel , con todos los pronunciamientos favorables, al concurrir la eximente de legítima defensa (art. 20.4 CP), declarando de oficio la tercera parte de las costas causadas en esta instancia.

- Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Ángel Daniel como autor responsable de un delito de agresión sexual con uso de armas (art. 178 y 180.5 CP), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 12 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a Eleuterio a una distancia no inferior a 200 metros, a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro frecuentado por aquél, así como la prohibición de comunicación con el mismo, por cualquier medio, por el tiempo de 13 años.

- Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Ángel Daniel como autor responsable de un delito de lesiones (art. 147.1 CP), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a Eleuterio a una distancia no inferior a 200 metros, a su domicilio, lugar de



www.civil-mercantil.com

trabajo y cualquier otro frecuentado por aquél, así como la prohibición de comunicación con el mismo, por cualquier medio, por el tiempo de 1 año y seis meses.

En materia de responsabilidad civil el condenado deberá indemnizar a Eleuterio en la cantidad de 30.900 euros, más intereses legales que correspondan.

Se condena a Ángel Daniel al pago de dos terceras partes de las costas procesales, debiendo abonar el condenado la totalidad de las costas ocasionadas a la acusación particular ejercida por Eleuterio ."

Abónese al condenado el tiempo que ha permanecido privado de libertad por esta causa." (sic)

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley y quebrantamiento de forma, interpuesto por Ángel Daniel , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1º.- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim . por vulneración del derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE).

2º.- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim . por vulneración del derecho fundamental, alegando infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 de la CE).

3º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente los arts. 178 y 180.1.5 del CP .

4º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el art. 147 del CP .

5º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por infracción de ley, al haberse inaplicado indebidamente el art. 147.1 y 148.1 del CP .

6º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el art. 20.4 del CP .

7º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

8º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente los arts. 57 y 48 del CP .

9º.- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim . por vulneración del derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE).

10º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el art. 116 del CP .

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.



www.civil-mercantil.com

Sexto.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 15 de octubre 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1.- Acomodada al cauce del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la primera queja del penado consiste en reprochar a la decisión recurrida la vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia. Se construye la argumentación del motivo partiendo de una afirmación esencial: el Tribunal de instancia formó su convicción desde la declaración de la víctima "Sr. Eleuterio" como elemento fundamental, cuando no merecía credibilidad.

Entiende que esa valoración ha de someterse a control casacional desde la perspectiva del grado de certeza que ha de exigirse a toda sentencia condenatoria.

Además, dice el recurrente, se prescinde de otros elementos de descargo no prescindibles. Así la declaración del propio acusado "Sr. Ángel Daniel", o los informes médico forenses, que debieran suscitar dudas razonables acerca de la veracidad de la imputación.

2.- La sentencia de instancia, en una labor de justificación de su valoración probatoria absolutamente encomiable, por lo exhaustiva y acorde al sentido común, expone cada uno de los elementos probatorios dispuestos que cabe resumir así, aunque ya limitándonos a lo esencial: a) verosimilitud de lo descrito por la víctima "D. Eleuterio" sobre la traba del conocimiento de ambos, acusado y víctima, seguido de relaciones sexuales entre ellos, en los que irrumpió el episodio de celos del acusado a consecuencia de la sospecha de una relación de la víctima con un tercero; y agresión por parte del penado en el curso de la cual obligó a la víctima a los actos sexuales que indica el hecho probado; b) corroboración de tal testimonio por los signos residuales de la agresión, descritos por la pericia médico forense, -muy especialmente la huella de la mordedura y las de la agresión en el cuello en la víctima- en modo alguno incompatible con el discurso del parte de urgencias; por la actitud de la víctima al proceder a la denuncia tan pronto estuvo libre de la presencia atemorizadora del autor con ocasión de la asistencia sanitaria recabada por ambos, "dato al que la sentencia con exquisita prudencia y buen sentido da especial valor" por el testimonio de los agentes que manifestaron en juicio la actitud de ambos implicados con ocasión de su intervención, requerida desde el centro asistencial, y testimonio del personal médico en relación a esa misma actitud; c) el testimonio del Sr. Pedro Francisco, alias "Chapas", objeto de los celos del acusado, y que ratifica la versión de la víctima sobre los actos del acusado interfiriendo en la relación de aquél y la víctima y d) el informe médico forense sobre las erosiones en tórax izquierdo y abdomen de la víctima, que indican compatibles con el uso de arma blanca que relata ésta.

Por otra parte, lejos de prescindir de la manifestación del acusado, la sentencia procede a una exquisita valoración que concluye con la descalificación de la misma en términos de credibilidad

3.- La garantía constitucional de presunción de inocencia nos emplaza en la casación al examen de la decisión recurrida que permita establecer si su justificación de la condena parte de la existencia una prueba y de su validez, por haber sido lícitamente obtenida y



www.civil-mercantil.com

practicada en juicio oral conforme a los principios de inmediación , contradicción y publicidad y de contenido incriminatorio , respecto de la participación del sujeto en un hecho delictivo Debe constatarse así la inexistencia de vacío probatorio.

Constatada la existencia de ésta, el juicio de su valoración por la instancia ha de venir revestida de razonabilidad , en el establecimiento de los hechos que externamente la justifican, y de coherencia, conforme a lógica y experiencia de las inferencias expresadas a partir de aquéllos, en particular cuando la imputación se funda en hechos indiciarios.

A lo que ha de añadirse que la inferencia sea concluyente , en cuanto excluye alternativas fundadas en razones objetivas razonables.

En cuanto al control de la razonabilidad de la motivación, con la que se pretende justificar, más que demostrar, la conclusión probatoria, hemos resaltado que, más que a la convicción subjetiva del juzgador, importa que aquellas conclusiones puedan aceptarse por la generalidad, y, en consecuencia, la certeza con que se asumen pueda tenerse por objetiva . Lo que exige que partan de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente por premisas correctas desde la que las razones expuestas se adecuen al canon de coherencia lógica y a la enseñanza de la experiencia, entendida como "una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes".

El control de la inferencia en el caso de prueba indiciaria implica la constatación de que el hecho o los hechos bases (o indicios) están plenamente probados y los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados. Siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, y también al canon de la suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (STC nº 117/2007).

Si bien la objetividad no implica exigencia de que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, sí que se estimará que no concurre cuando existen alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y éstas concurren cuando, aún no acreditando sin más la falsedad de la imputación, las objeciones a ésta se fundan en motivos que para la generalidad susciten dudas razonables sobre la veracidad de la acusación, más allá de la inevitable mera posibilidad de dudar, nunca excluible.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, las objeciones a la afirmación acusadora lo son también. Y entonces falta la certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Puede decirse, finalmente, que, cuando existe una duda objetiva, debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dudó o no, sino si debió dudar.

4.- Las premisas de que parte la sentencia recurrida deben tenerse por correctas. Las pruebas directas de testimonio no han sido desvirtuadas. Desde luego no los informes médico forenses. En efecto, en juicio ha sido ratificada la compatibilidad de lo que tal perito percibe, no obstante su posterioridad a la percepción del médico asistencial. La tesis del recurrente sobre



www.civil-mercantil.com

la imputación a actos posteriores de aquello que el forense describe queda sin aval probatorio alguno.

En todo caso no cabe tener esa aceptación de conclusiones probatorias por el Tribunal de instancia como absurda o gratuita, sino como acorde al modo común de percibir las cosas por la generalidad.

Inferir desde el comportamiento de la víctima, en particular la rapidez con que procede a hacer pública su denuncia tan pronto se ve libre de la presencia amenazadora del agresor, es un indicio que, acreditado por la reiterada testifical, justifica la conclusión de su veracidad en el total relato desde la más exigente de las pautas de la lógica y, desde luego, de la experiencia.

La tesis alternativa del penado, que llega a admitir una riña de mutua aceptación, como veremos, sobre la agresión con cuchillo por parte de la víctima denunciante, y no contra ésta, y el intento del denunciante de anticiparse a la denuncia que el recurrente pudiera formular contra él, no solamente es burdamente artificiosa, sino que resta sin el más mínimo aval probatorio. De ahí que ninguna duda razonable llega a suscitar sobre el discurso que justifica la condena.

La denominada prueba psicológica es, cuando menos inocua, sino totalmente intrascendente, en la medida que las conclusiones que reporta son accesibles al mero sentido común.

En conclusión, ni el Tribunal de instancia dudó, ni sería comprensible que dudase, sobre la veracidad de lo que declara probado. Y su convicción es compartible por la generalidad a la vista de la prueba analizada.

Por todo ello el motivo se rechaza.

Segundo.

El segundo de los motivos, ya al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia como infracción de ley la no estimación de la atenuante de dilaciones indebidas.

Reprocha a la tramitación del procedimiento una ralentización a partir de la conclusión del sumario. Y señala que la causa fue la revocación hasta en dos ocasiones de tal conclusión.

Basta aquí dar por reproducida la argumentación de la sentencia de instancia para rechazar allí esta pretensión del acusado. Se dice allí que no han ocurrido "paralizaciones relevantes" salvo los errores procesales oportunamente corregidos.

En todo caso, como la sentencia adelanta en el fundamento jurídico tercero y efectivamente expone en el cuarto, impone la pena en su mínima extensión posible. De ahí que, además de esa consideración al tiempo de eventual ralentización del procedimiento, la estimación de la atenuante en modo alguno supondría modificación de la pena.

Por ello el motivo se rechaza.

Tercero.

1.- También estima el recurrente que existe infracción de ley penal por considerar que los hechos serán subsumibles en el subtipo agravado por uso de instrumento peligrosos, alegando que aquellos no autorizaban a la aplicación del supuesto del artículo 180.1.5º del Código Penal.

Dos son las razones: a) que el cuchillo nunca se "utilizó en el supuesto acto sexual" sino que fue meramente exhibido, según el relato de lo probado que hace la sentencia y b) que no constan sus características, ya que no cabe utilizar el resultado probatorio vinculado al registro que el tribunal de instancia declaró nulo.



www.civil-mercantil.com

2.- No desconoce la Sala de instancia la doctrina jurisprudencial sobre la funcionalidad requerida al arma para aplicar la agravación.

Pero en sede de hechos probados indica: que el acusado le "puso el cuchillo en el cuello, piel tocante" a la víctima, y que cuando ordenó el acusado a ésta que le hiciera una felación, encontrándose el acusado en estado de erección, mantuvo "en todo momento el cuchillo en la mano, apuntándolo hacia al cabeza o hacia el cuerpo de Eleuterio A continuación lo tumbó en la cama con intención de obligarle a hacer sexo, situándose encima de él, apuntándole siempre con el cuchillo....".

Parece difícil imaginar más relevante uso del cuchillo, a salvo que se reserve tal función exclusivamente para el supuesto de conversión del arma en instrumento sexual en sí mismo. Y tampoco se entiende que relevancia puede tener la exacta precisión de las características del cuchillo para reconocerle la condición que lo erige en motivo de la agravación.

Ciertamente hemos dicho que: la sola presencia de un arma en el escenario de la agresión sexual no supone sic et simpliciter la aplicación del subtipo del art. 180.1-5 °. De acuerdo con la redacción de dicho precepto, dicha arma debe ser usada , Pero al tiempo hemos indicado que se entiende por dicho uso típico para tal agravación al especificar que el mismo debe concurrir en relación medio a fin para conseguir doblegar la voluntad de la víctima, (STS Sentencia: 557/2010 de 8 de junio de 2010) De ahí que estimemos la aplicación del subtipo agravado en casos como el aquí juzgado, cual es el resuelto en la STS 958/2010 de 10 de noviembre , en el cual el relato fáctico recoge no solo que ante la negativa de la mujer, el acusado exhibió un cuchillo de 19 cms. de hoja y con animo libidinoso, le mandó desnudarse y mientras le tocaba los glúteos comenzó a masturbarse, y seguidamente, tumbó a Adelaida en una camilla e intentó penetrarla vaginalmente y como no pudiera, le metió los dedos en la vagina, sino que "tras la cual, poniéndole el cuchillo sobre el pecho, la obligó a realizarle una felación, al tiempo que la iba diciendo que sabía donde vivía y que tenía un hijo, hasta que finalmente el acusado eyaculó dentro de la boca de Adelaida ".Consecuentemente no solo hubo una previa exhibición del cuchillo sino que le colocó tal arma en el pecho de la víctima, zona sensible y en la que se encuentran órganos vitales, consiguiendo así que ésta le realizara una felación, por lo que la aplicación del subtipo agravado es correcta.

El motivo se rechaza.

Cuarto.

Reitera el reproche de infracción de ley en el cuarto motivo por estimar que no debió aplicarse el tipo penal del artículo 147.1 del Código Penal , y ello porque la víctima no requirió otra asistencia médica que la primera.

Desde luego no se cuestiona que no concurren los presupuestos que autoricen a tener por consumidas las lesiones en el delito contra la libertad sexual (STS 742/2012 de 3 de octubre).

Lo que se alega es que la víctima fue curada tras una única asistencia facultativa.

La sentencia recuerda que las lesiones afectaron a pie izquierdo y mano izquierda. Y que requirieron, respectivamente imbricado del pie y colocación de férula en la mano. Tales actuaciones son calificadas de tratamiento, porque suponen inmovilización no meramente preventiva, sino curativa. Lo que determina la correcta subsunción en el tipo de delito de lesiones.

En relación al empleo de férulas en la estrategia terapéutica del lesionado dejamos dicho en nuestra STS nº 724/2008 de 4 de noviembre que la jurisprudencia de esta Sala no ha dudado en afirmar la existencia de tratamiento médico y, por consiguiente, en calificar con arreglo al art. 147.1 del CP , la utilización de escayolas o férulas (cfr. STS 403/2006, 7 de abril (



www.civil-mercantil.com

RJ 2006 , 2246); 1783/2002 de 2 de noviembre y 1454/2002, 13 de septiembre , entre otras muchas). En tal sentido, hemos dicho que la colocación y necesaria y posterior eliminación de una escayola o férula constituye tratamiento médico, en tanto que aparece objetivada una necesidad de reducción de la fractura y eliminación del elemento reductor bajo control facultativo (STS 1835/2000, 1 de diciembre . En la misma línea, hemos reputado tratamiento médico la prescripción de un collarín cervical (cfr. SSTs 523/2002, 22 de marzo ; 346/2001, 25 de abril y 299/2001, 23 de febrero).

Pues bien el hecho probado proclama que la víctima sufrió fractura de falange distal del un dedo del pie y como consecuencia de ello se instauró un tratamiento médico quirúrgico consistente en "imbricado del dedo..." y también que la contusión en mano izquierda precisó "férula dorsal". Además resta una secuela consistente en estrés postraumático.

Es obvio que tal cohorte de consecuencias lleva a que el comportamiento se acomode, cuando menos a la tipicidad aplicada, que deja fuera la posibilidad de aplicación del artículo 148 del mismo Código Penal .

El motivo se rechaza.

Quinto.

1.- El quinto motivo no se formula tanto en condición de penado como en la de acusador que venía postulando la condena del Sr. Eleuterio como autor de lesiones constitutivas del delito previsto en el artículo 148.1 del Código Penal .

El recurrente atribuye el origen de esas lesiones por él padecidas a un acometimiento mutuo. Por ello este motivo debe examinarse conjuntamente con el formulado bajo el ordinal sexto: infracción legal por haberse declarado exento de responsabilidad el otro acusado en aplicación de la eximente de legítima defensa. Eso, en el aparecer del recurrente constituye una infracción de ley ya que no concurren los presupuestos del artículo 20.4 del Código Penal .

2.- La sentencia de instancia estima esa causa de exención en la víctima del recurrente por considerar que fue el recurrente quien llevó a cabo agresiones sucesivas agarrando el cuello de la víctima con el collar, cerrando la ventana de modo violento y recurriendo al uso del cuchillo sin que precediera reto alguno aceptado por la víctima que forcejeó cuando ya, así acometido, temió por su vida.

Pero es que, con independencia de ello, y de que en todo caso el cauce casacional elegido obligaría al pleno respeto a la declaración de hechos probados, estos motivos pretenden la revisión de la decisión absolutoria del otro acusado con revisión de valoración relativa al hecho probado. Y tal pretensión no puede tener acogida en el marco del recurso de casación.

Dijimos en nuestra STS nº 491/2014 de 4 de junio "...cuando la rectificación de los hechos, objetivos o subjetivos, se base en una nueva valoración de medios probatorios el derecho de defensa exige que el acusado pueda ser oído directamente por el Tribunal que resuelve el recurso."

En nuestra reciente Sentencia TS nº 278/2014 de 2 de abril se recuerda el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías cuando se revisa en vía de recurso lo relativo al examen del resultado probatorio efectuado por las sentencias de instancia. Se recuerda la doctrina de las SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, ap. 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, ap. 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, ap. 64; 10 de marzo de 2009, caso Coll c. España, ap. 27; 13 diciembre 2011, Caso Valbuena Redondo contra España, ap. 29; 6 julio 2004, Dondarini contra San Marino, ap. 27; y 26 mayo 1988, Ekbatani contra Suecia, ap. 32), lo que en alguna ocasión ya ha extendido al examen de los testigos cuando sus testimonios deban ser valorados para resolver sobre los



www.civil-mercantil.com

hechos cuestionados (STEDH de 22 noviembre 2011, Caso Lacadena Calero contra España , con cita de las sentencias del mismo tribunal Botten contra Noruega, de 19 de febrero de 1996 ; Ekbatani contra Suecia, de 26 de mayo de 1988 ; Igual Coll, de 10 marzo 2009 ; Marcos Barrios, de 21 septiembre 2010 y García Hernández, de 16 noviembre 2010). Y las del TC 30/2010 , 154/2011 y la 167/2002 , entre otras.

Y también se desconocen las exigencias del derecho de defensa si se lleva a cabo cualquier modificación de hechos probados en perjuicio del penado, sin oír a éste directamente, aun cuando sea sobre la base de pruebas no personales, como la documental o la pericial documentada, o cuando se hayan modificado las conclusiones alcanzadas a través de razonamientos inferenciales, sin alterar las bases fácticas atendidas para construirlos.

Y se cita la doctrina del TC confirmada en la STC 88/2013 conforme a la cual:

..... este Tribunal ha concretado que la exigencia de presencia del acusado en el juicio de segunda instancia se produce en los supuestos en que se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, habida cuenta de que su objeto es posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Por tanto, sólo si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público..."

Lo que nos lleva a rechazar ambos motivos quinto y sexto porque implicarían una reconsideración de la valoración probatoria efectuada en la instancia, cuyo relato de lo probado no describe en modo alguno una situación de riña que fuera aceptada también por la víctima absuelta.

Sexto.

En el séptimo motivo se acude al cauce del artículo 849.2 de la ley de Enjuiciamiento Criminal para denunciar lo que se considera un error de valoración de prueba evidenciado por documentos. Como tales se invocan los informes médico forenses y los dictámenes médicos.

Respecto a la funcionalidad de tales medios probatorios para el éxito del motivo casacional invocado hemos establecido con reiteración en Sentencias núms. 1643/98 de 23 de diciembre , 372/99 de 23 de febrero , 143/04 de 30 de enero de y 1046/2004 de 5 de octubre , para que los informes periciales constituyan documento hábil para fundar este motivo de casación deben reunir las siguientes condiciones: a) Exista un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario. b) Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen. (STS 860/2006 de 7 de septiembre).

El mismo recurrente parte en su alegato de la supuesta "por lo demás inexistente" contradicción entre informes periciales. Lo que hace inaceptable acudir al motivo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Tampoco cabe admitir que la sentencia recoja de manera parcial, y desvirtuando su total contenido, el informe forense. Y, en todo caso, la sentencia razona sobradamente su valoración de toda la documentación médica disponible en la causa.



www.civil-mercantil.com

Séptimo.

También considera el recurrente "motivo octavo" que se infringen los artículos 57 y 48 del Código Penal por estimar que esa posibilidad legal exige motivación que omite la recurrida.

Pero, aún prescindiendo de que la relación de agresor y víctima pudiera asimilarse a alguno de los supuestos que relata el apartado 2 del artículo 57 del Código Penal, que acarrearía la obligatoriedad de la medida, lo cierto es que el hecho probado describe una relación de convivencia y afectividad, truncada por una causa que influyó decisivamente en la actitud del penado, de suerte que es razonablemente de temer que la no aplicación de las medidas del artículo 48 pudieran abrir la oportunidad para la reiteración de la agresión y, en todo caso, tal omisión de medidas llevaría a la eventualidad de tener que soportar la víctima una presencia que en buena lógica, cuando menos la atemorizaría con incremento añadido al daño ya sufrido.

De ahí que aquel hecho probado debe tenerse por suficiente motivación de la medida que, en todo caso, no acarrearía la consecuencia interesada en cuanto cabe suplir la omisión de la motivación en este momento sin añadiduras al contenido de la sentencia de instancia.

El motivo se rechaza.

Octavo.

En el motivo noveno se denuncia una supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial en su manifestación de derecho a la motivación de la resolución jurisdiccional, referida a la individualización de la pena de "prohibición de aproximación".

La sentencia, contra lo ahí dicho, advierte que pone las penas privativas de libertad en su mínima extensión por considerar que tal sanción es suficiente.

En cuanto a las medidas "sendas prohibiciones de aproximación de trece años y un año y seis meses" no son sino el mínimo posible, es decir un año más que cada una de las privativas de libertad, que se cumplirán simultáneamente.

Así pues ninguna infracción cabe estimar.

Noveno.

Finalmente se protesta, como infracción del artículo 116 del Código Penal, también por reprochar a la sentencia que solamente atendiera a la ansiedad de la víctima para determinar el importe de la indemnización.

Esta Sala, como recuerda la reciente STS nº 799/2013 de 5 d noviembre, ha señalado reiteradamente (STS 33/2010, de 3 de febrero, 772/2012, de 22 de octubre y 128/2013, de 26 de febrero, entre otras muchas) que la cuantificación específica de la indemnización señalada por el Tribunal sentenciador no es, por lo general, revisable en casación pues al no establecer el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley sustantiva.

Del análisis de nuestra doctrina jurisprudencial se puede deducir que solo en supuestos específicos puede efectuarse en casación la revisión de la cuantía indemnizatoria, supuestos entre los que cabe señalar: 1º) cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos; 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa



www.civil-mercantil.com

interpretación del mismo; y 7º) en los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente (STS 16 de mayo de 2012, Sala Quinta, en relación con este último supuesto).

Es evidente que el reproche dirigido a la sentencia en el caso que ahora juzgamos no se acomoda a ninguna de tales previsiones. La discordancia no tiene otro argumento alegado que el de valorar la parte como excesiva la cantidad conocida.

Pues bien, si acaso cupiera algún reproche es que el importe fijado para una agresión sexual como la calificada si se muestra como realmente merecedora de algún cambio, sería para su incremento.

Décimo.

De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Ángel Daniel , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincialde Tarragona con fecha 13 de enero de 2014 . Con expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Luciano Varela Castro , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.